

AÑO 2 / N° 1 / 2018

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO

DIRECTOR

MG. MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU

COORDINADORA

DRA. CAROLINA SCHIELE MANZOR

SECRETARIO

BORIS NELSON LALLEMAND MARCHANT

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, especialmente fotocopia. La infracción se encuentra sancionada como delito contra la propiedad intelectual por la Ley N° 17.336.

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO

DIRECTOR - MG. MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU

COORDINADORA - DRA. CAROLINA SCHIELE MANZOR

SECRETARIO - BORIS NELSON LALLEMAND MARCHANT

Sociedad Editora Metropolitana Ltda.

San Antonio 418 Oficina 1002 F: 22 638 76 20 Santiago de Chile

www.editorialmetropolitana.cl

correo@editorialmetropolitana.cl

Editor responsable **Milton Pérez Opazo**

I.S.S.N.: 0719-871X

Diseño y Diagramación:

Editorial Metropolitana

Se terminó de imprimir esta obra en el mes de junio de 2018

Impreso en Chile/Printed in Chile

LA USUCAPIO CONTRA TABULAS DE ELEMENTOS COMUNES EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Virginia Múrtula Lafuente
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. La usucapibilidad de los elementos comunes desafectables. III. La prueba del *animus domini*. IV. La usucapición ganada y el Registro de la Propiedad. V. Bibliografía.

Palabras clave: Usucapición, propiedad horizontal, elementos comunes.

Keywords: *Adverse possession, horizontal property, common elements.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El paso prolongado del tiempo sin que se haya producido una reacción tempestiva de la comunidad de propietarios frente a las actuaciones de algún vecino que, de forma unilateral, ha realizado obras incontestadas o poseído de forma exclusiva elementos comunes, motiva que uno de los argumentos frecuentemente esgrimidos por el propietario demandado, tanto por vía reconventional (art. 406.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC) como a modo de excepción (art. 405.1 LEC), frente a las acciones reivindicatorias o declarativas de dominio incoadas por la comunidad, sea precisamente la usucapición ganada sobre esos elementos comunes.

En estos casos, el usucapiente tendrá que probar que se ha producido una *usucapio contra tabulas*. Deberá de acreditar una realidad fáctica distinta de

la que figura en el Registro de la Propiedad, conforme a la descripción que haya accedido al Registro del título constitutivo de la propiedad horizontal (art. 5 Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, en adelante, LPH), que perjudicará al resto de propietarios del inmueble que ostentan la cotitularidad de los elementos comunes.

La relación del usucapiente de elementos comunes con el Registro no acaba ahí, pues en el supuesto de que el tribunal o la misma comunidad de propietarios reconociera la adquisición de este derecho, para proceder a su inscripción sería necesario en la mayoría de las ocasiones modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal, aumentando la superficie de la unidad privativa y reasignando una nueva cuota acorde con ese aumento en la propiedad, con el consiguiente ajuste de las restantes cuotas.

Aunque el tema planteado es de atractivo interés y evidente aplicación práctica, un estudio detallado de la cuestión revela, sin embargo, que en España no existe una línea jurisprudencial clara del Tribunal Supremo ni de las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad o no de adquirir por usucapión elementos comunes en el ámbito de la propiedad horizontal y los efectos que de ello se pueden derivar en el Registro de la Propiedad.

II. LA USUCAPIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS COMUNES DESAFECTABLES

Hay que empezar señalando que tanto el Código Civil español como la LPH, guardan silencio sobre la adquisición privativa de cosa común por usucapión en beneficio exclusivo de algún comunero y en perjuicio de sus compañeros. Ni la contemplan expresamente, ni la prohíben.

En una primera aproximación al tema propuesto, se observa que son varios los problemas que surgen en torno a la usucapión de elementos comunes, referidos en su mayor parte a su difícil encaje de acuerdo con lo dispuesto en nuestro Código Civil y en la LPH.

El primer obstáculo tiene que ver con la propia aptitud de las cosas para poder ser usucapidas, pues es comúnmente admitido que sólo pueden ser objeto de usucapión las cosas, muebles o inmuebles que estén en el comercio privado (art. 1936 CC). Comercialidad que significa la posibilidad legal de

que una cosa sea objeto de tráfico jurídico y, además, apropiable¹. La duda que nos asalta entonces es si los elementos comunes pueden ser objeto de tráfico jurídico, además de ser apropiables.

Como es sabido, los elementos comunes se configuran en el ámbito de la propiedad horizontal como elementos en copropiedad que se encuentran inherentes al derecho de propiedad de cada propietario sobre su elemento privativo (piso o local) de forma indivisible². La indivisibilidad de los elementos comunes y su inseparabilidad de los elementos privativos, expresada en los arts. 396 pf. 2º CC y 4 LPH, procede de la función que estos cumplen al estar al servicio del uso y disfrute de los diferentes pisos o locales. Sin embargo, no se puede mantener que tengan un carácter absoluto o imperativo, por cuanto determinados elementos comunes pueden ser desafectados y perder esa naturaleza común, cuando precisamente no constituyan un elemento necesario para el uso y disfrute de los elementos privativos, como han concretado nuestros tribunales y ciertas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN).

En efecto, como ha venido declarando el Tribunal Supremo, la posibilidad de que un elemento en principio común pueda ser desafectado de tal calificación comunitaria y convertirse en elemento privativo, puede operarse en la LPH de dos formas: bien porque así se ha hecho constar en el título constitutivo *ab initio*, dando lugar a lo que se conoce como “reserva de titularidad”; o bien *a posteriori*, una vez constituido dicho régimen, en virtud del acuerdo adoptado por unanimidad de los copropietarios para alterar el título constitutivo, dando lugar a la auténtica desafectación³.

La desafectación, admitida con carácter general para los elementos comunes por destino (como pueden ser la casa del portero, patios interiores, jardines, terrazas a nivel o los bajos de un edificio), también ha sido aceptada jurisprudencialmente, tanto por el TS como por la DGRN, en elementos de difícil encaje dentro de esta categoría (como zonas de una planta baja para crear dos plazas de aparcamiento y ser objeto de venta⁴; o la de un pasillo, para pasar a

¹ Siguiendo a Díez-PICAZO, 2008, p. 808.

² *Vid.* aquí Díez-PICAZO, 2012, p. 99.

³ STS 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10368) y las que en ella se citan.

⁴ Admitida por la RDRGN de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9692).

ser propiedad privada de un copropietario por compraventa⁵, por poner algunos ejemplos). Incluso se ha reputado válida la voluntad anticipada de la Junta a través de las correspondientes previsiones estatutarias, referida a la posibilidad de agrupar espacios privativos con otros que tienen la condición de comunes, como pueden ser espacios bajo cubierta⁶ o incluso pasillos⁷, que como consecuencia de la operación autorizada quedarían convertidos en privativos, siempre que no afecten a elementos comunes esenciales como la estructura del edificio.

Todos estos ejemplos nos hacen pensar que la desafectación se puede producir no sólo respecto de lo que tradicionalmente se han venido considerando elementos comunes por destino, que son partes del edificio que objetivamente podrían ser privativas o susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública (arts. 1 LPH y 396 CC); sino también en relación con otros elementos comunes que, por su propia naturaleza no esencial para el aprovechamiento de los derechos de los demás copropietarios, pueden dejar de serlo y pasar a ser elementos privativos de uno o de alguno de ellos, al poder ser objeto jurídicamente de propiedad separada o agregada a un elemento privativo.

Como consecuencia de todo lo anterior, podemos entender que la condición de común de un elemento en el ámbito de la propiedad horizontal no empece a su usucapibilidad, pues todo lo que se pueda desafectar, agrupar, segregar o dividir y pasar a ser un elemento privativo independiente o integrado en otro elemento privativo principal, es en principio usucapible, al poder ser objeto de tráfico jurídico. Entre esos elementos se encuentran, de acuerdo con lo que se desprende de la jurisprudencia del TS y las resoluciones de la DGRN, los pasillos, las terrazas a nivel y las que forman parte de la cubierta de los edificios, los patios de luces, zonas de planta baja y los sótanos, entre otros elementos.

III. LA PRUEBA DEL *ANIMUS DOMINI*

El segundo problema que plantea la usucapición de los elementos comunes en el ámbito de la propiedad horizontal se refiere a la posible consideración

⁵ Por la RDGRN de 24 de enero de 2017 (JUR 2017, 27868).

⁶ RDGRN de 21 de junio de 2013 (RJ 2013, 5771).

⁷ En las SSTs de 16 de mayo y 2 de octubre de 2013 (RJ 2013, 3702 y 7052, respectivamente).

de una situación de posesión tolerada y, por tanto, no apta para usucapir (de acuerdo con los arts. 430 y 1941 CC que exigen *animus domini*), de aquél que posee un elemento común siendo propietario junto con otros. Hay que tener en cuenta a este respecto que el art. 394 CC concede a cada condueño la facultad de servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los otros copartícipes utilizarlas según su derecho y el art. 1933 CC establece que la prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás. Además, están las diversas presunciones posesorias establecidas, entre otros, en el art. 436 CC, que considera que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario; así como lo dispuesto en los arts. 444 y 1942 CC, que establecen que no aprovecharán para la posesión los actos de carácter posesorio clandestinos y los ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño. Presunciones que tendrán que ser destruidas por el usucapiente.

Así las cosas, a la hora de probar el *animus domini* (art. 217 LEC) será donde mayores dificultades va a encontrar el poseedor de un elemento común en situación de copropiedad. De hecho, el TS, aunque no rechaza expresamente la posibilidad de que un copropietario pueda adquirir por usucapición un elemento común, ha llevado a cabo una interpretación restrictiva de este modo de adquisición del dominio. En las escasas ocasiones en las se ha pronunciado sobre el tema, ha considerado que la posesión ejercida por el comunero era meramente tolerada por el resto y, por lo tanto, no apta para usucapir, siguiendo la apreciación realizada por la instancia.

Un análisis detallado de estas sentencias muestra, sin embargo, que el rechazo de la Sala 1ª del TS se encuentra justificado porque el tipo de usucapición alegada había sido la ordinaria (pues no se cumplían los plazos de la extraordinaria) y a juicio de la misma no concurrían los requisitos legales para ello, de acuerdo con lo apreciado por el tribunal *a quo*⁸. Tan sólo hay

⁸ Así, en el asunto resuelto en la STS de 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2353), los patios anexos a las viviendas poseídos por sus propietarios lo habían sido por mera tolerancia de la comunidad; en el caso de la sentencia de 15 de junio de 2007 (RJ 2007, 5425), los poseedores de la vivienda del portero no pudieron aportar ningún título para hacer efectiva la usucapición ordinaria, sin que se cumplieran los plazos de la extraordinaria; en la STS de 7 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2755) también apreció posesión tolerada de la comunidad respecto de una zona común utilizada a modo de terraza por parte de un local a partir del año 2001, en cambio

una sentencia del Supremo donde se ha considerado consumada la usucapión ordinaria de un elemento común. Es la sentencia de 30 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8354) que aprecia la usucapión ganada de los herederos del constructor de un edificio que, tras la muerte de su padre, habían continuado poseyendo un local existente en el rellano de un portal que figuraba registralmente como elemento común del edificio. El causante lo empezó a utilizar en un principio como oficina de ventas de la obra y continuó luego en su uso, llegando a alquilarlo a terceras personas, pagando impuestos y catastrándolo a su nombre. Ejerciendo pues una posesión pública, notoria y pacífica durante más de dieciocho años, que continuaron sus hijos diez años más, tras haber recibido el bien en testamento (lo que constituiría el justo título *ad usucapionem*).

Dejando al margen este caso particular, de los pronunciamientos vertidos por nuestro Alto Tribunal en relación con el tema que nos ocupa, se deduce que, de poderse producir la usucapión en el ámbito de la propiedad horizontal, será generalmente por la vía de la usucapión extraordinaria. Y ello por cuanto el propietario o bien sabe que no actúa sobre un elemento de su propiedad (tiene mala fe) o difícilmente contará con un título que le legitime en la posesión que realiza sobre la cosa común de la forma en la que lo hace, en contra del derecho de los demás propietarios, ejerciendo una posesión como dueño único con exclusión del resto.

La ausencia de una línea jurisprudencial del TS que haya concretado cuándo cabe entender que existe *animus domini* del propietario que posee un elemento común y la posibilidad de adquirir un derecho de propiedad sobre el mismo por la vía de la usucapión, contrasta con aquella otra doctrina jurisprudencial consolidada desde hace ya muchos años a favor de admitir la posibilidad de usucapir una cosa común por parte de un comunero siempre que, por actos claros y manifiestos, evidencie la posesión para sí, como dueño, con exclusión de los demás condóminos, durante el tiempo y con el resto de los requisitos necesarios para que se dé la prescripción adquisitiva⁹. Para

la acción reivindicatoria de la comunidad no prosperó en relación con la porción de acera que había venido siendo utilizada por el bar desde el año 1970.

⁹ Como recoge ARANDA DE LA FUENTE, 2005, pp. 156 y ss.

Entre las sentencias favorables a la usucapión extraordinaria entre comuneros cabe destacar, siguiendo a la autora citada, la SSTS de 4 de diciembre de 1969 (RJ 1969, 5947); 21 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7597); 18 de abril de 1994 (RJ 1994, 2798); 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10592); 22 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1191); y 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9443). A las que habría que añadir las SSTS de 19 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4006);

ello, como viene declarando el TS, es necesario que se produzca un cambio en el concepto posesorio, es decir, que haya variado la conducta del poseedor en relación con el objeto poseído, lo que exige, siguiendo un principio que arranca del Derecho romano, no un mero *animus* o voluntad unilateral del poseedor, sino un cambio de voluntad que se exteriorice mediante un comportamiento concluyente del poseedor de esa nueva posesión en exclusiva en concepto de dueño sobre la *totalidad* de la cosa común, en contradicción con el resto de los propietarios¹⁰. Se trata, por tanto, de algo objetivo y externo cuya apreciación queda al arbitrio de los tribunales de instancia. En cuanto a qué actos podrían manifestar este cambio de voluntad, dependerá del caso concreto, a título de ejemplo, cabe citar el pago de contribuciones a nombre del poseedor, ejercitar una facultad tan característica del dominio como el *ius edificandi* sin contar con el resto de propietarios o realizar actos que sólo un propietario puede realizar con exclusión de los demás.

En suma, el problema de fondo radicará según esta línea jurisprudencial en determinar los presupuestos necesarios para que el propietario, que ya posee un elemento común, lleve a cabo eficazmente un cambio en el concepto posesorio, esto es, “*lo que sería transmutar en posesión a título de dueño la que nació con pleno reconocimiento de que la titularidad era compartida por varios condóminos*”¹¹.

Con todo, cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal de Casación italiano admite la usucapión ordinaria (10 años *ex art.* 1159 *Codice Civile*) y extraordinaria (20 años según *art.* 1158 *CC*) de elementos comunes del edificio (*art.* 1117 *CC*) realizada por un copropietario cuando se prueban actos que evidencian una posesión exclusiva y un *animus domini* incompatible con la permanencia de la coposesión de los otros copropietarios sobre la cosa común, sin que sea necesario probar la *interversio possessionis*¹². No

18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9010); y 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5465). Entre las sentencias que admiten la usucapión ordinaria entre comuneros las SSTs de 15 de abril de 1889; 22 de junio de 1904; 3 de mayo de 1916; 8 de junio de 1945 (RJ 1945, 700); 23 de diciembre de 1952; 27 de enero de 1984 (RJ 1984, 387); 14 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6922); 13 de julio de 1995 (RJ 1995, 5963); y 30 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8354).

¹⁰ SSTs, Sala 1ª, de 19 de mayo y 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 4006 y 9010, respectivamente); y de 17 de mayo de 2002 (RJ 202, 5343), entre otras.

¹¹ Como indica expresamente la STS, Sala 1ª, de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10423).

¹² *Vid.* Sentencias de la *Cassazione Civile*, de 11 de abril de 1946 (*Foro it.* I, n.º 427, p. 112); de 15 de noviembre de 1977, *Giust. Civ. Mass.* 1977; de 25 de mayo de 1984, n. 3236 (en rela-

siendo suficiente, sin embargo, para la usucapión de partes comunes que los otros copropietarios se abstengan de utilizar la cosa común o que se hayan realizado actos de gestión consentidos o incluso tolerados, pues el derecho de copropiedad no se extingue por el no uso¹³.

Bajo mi punto de vista habría que tener en cuenta que la mutación necesaria del poseedor usucapiante es tanto cualitativa, como cuantitativa. Se trata de poseer más de lo que su título como copropietario de un elemento común le permite, llámese interversión o extensión de sus facultades posesorias. Para usucapir la cosa común será necesaria una manifestación del dominio exclusivo y excluyente sobre la cosa común por parte del interesado, mediante una actividad claramente incompatible con las posibilidades de goce de los otros copropietarios sobre esa misma cosa, que evidencie una inequívoca voluntad de poseer *uti dominus* y no *uti condominus*, sin oposición por parte de aquellos durante el tiempo útil para la usucapión.

IV. LA USUCAPIÓN GANADA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Finalmente, no podemos obviar que son muchos los problemas que se pueden derivar del reconocimiento de la usucapión ganada por el comunero respecto de un elemento común a la hora de inscribir su derecho en el Registro

ción con una terraza en la azotea de un edificio disfrutada de forma exclusiva y excluyente por el propietario de la vivienda de la última planta); y de 7 de junio de 2002, n. 8262 (usucapión ordinaria de una zona de aparcamiento de coches común).

Como señala la sentencia de *Cass. Civ. Sez. II*, de 6 de octubre de 2016 n. 20039 (en relación con unas obras de cerramiento de un porche común y apropiación de un horno y demolición de un pozo y baños comunes donde no se apreció la usucapión alegada) el condómino puede usucapir la cuota de otros sin que sea necesaria una verdadera y propia interversión de la posesión. A tal fin, sin embargo, no es suficiente que los otros condóminos se hayan abstenido en el uso del bien, sino que debe alegar y probar que ha gozado del bien a través de una propia posesión exclusiva de todo punto incompatible con las posibilidades de goce de los otros, lo que evidencie una inequívoca voluntad de poseer *uti dominus* y no más *uti condominus*, sin oposición, por el tiempo útil para usucapir.

¹³ Así la *Sent. Cass. Civ. Sez. VI-2*, de 2 de agosto de 2012, n. 13893 considera que no procede la usucapión de un local destinado a depósito de almacenamiento de agua, al faltar la prueba de la posesión exclusiva del local, al ser de libre acceso para el resto de copropietarios, donde el Tribunal italiano afirma que el por el no uso de la cosa común no tiene lugar la prescripción del derecho de propiedad.

de la Propiedad. Problemas que tienen que ver con la dificultad de compaginar los principios hipotecarios con la propiedad horizontal, tal y como ha sido configurada en nuestro ordenamiento. Pues, por una parte, hay una ausencia de reconocimiento de personalidad jurídica a favor de la comunidad de propietarios (lo que le impide ser titular registral de los elementos comunes). Por otra, está el obstáculo de modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal una vez que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad.

En los casos que nos ocupan, la forma más sencilla que tendrá el propietario usucapiente para que su derecho acceda al Registro, es a través de la escritura pública de modificación del régimen de propiedad horizontal aprobada por un acuerdo unánime de la Junta de propietarios, con reasignación de cuotas en el caso de que fuera necesario. En su defecto, deberá acudir a un procedimiento declarativo en el que tendrá que demandar a todos los que el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, que serán todos los propietarios del edificio (arts. 20 y 40 d) Ley Hipotecaria, en adelante, LH). Sin que sea admisible el expediente de dominio, al estar ya la finca previamente inmatriculada¹⁴.

En principio, cualquier alteración de un elemento común precisa el consentimiento unánime de la Junta de propietarios, aunque en el ámbito jurisprudencial se ha ido superando la regla de la unanimidad en supuestos concretos de abuso patente. El titular registral del elemento privativo que haya realizado una obra en un elemento común o lo haya poseído de forma exclusiva y excluyente no puede exigir por sí sólo su reflejo registral en el folio de la finca de la que es titular (arts. 20 y 38 LH). La legitimación en estos casos corresponde a la comunidad de propietarios¹⁵.

En los casos en los que el acuerdo de modificación del título constitutivo hubiera sido acordado en la correspondiente Junta, será el presidente de la comunidad quien deba otorgar la escritura pertinente, al tratarse de un acto colectivo imputable a la Junta como órgano comunitario¹⁶.

¹⁴ Como declara la RDGRN de 7 de octubre de 2008 (RJ 2009, 631).

¹⁵ No obstante, la DGRN reconoce legitimación al titular del elemento privativo que ejecutó indebidamente unas obras en elementos comunes cuando se ha procedido a la desafectación del elemento común y su posterior transmisión al mismo por parte de la comunidad. *Vid.* en este sentido, RDGRN de 14 de abril de 2015 (BOE de 19 de mayo de 2015).

¹⁶ La Junta de propietarios que deba aprobar la desafectación de un elemento común, consecuencia de la usucapión ganada por un copropietario, deberá ser convocada conforme a los

Por otro lado, hay que tener presente en orden al reconocimiento por parte de la comunidad de la usucapión ganada, que cuando se desafecta y se transmite un elemento común, se plantea si los titulares de cargas sobre elementos privativos deben de consentir o no. En principio deberían hacerlo, pero como ha reiterado la DGRN, el acto de disposición se puede realizar sin necesidad de ese consentimiento¹⁷. No obstante, arrastraría las cargas que gravan los elementos privativos, por cuanto la hipoteca de un piso o local recae también sobre la cuota de participación en la copropiedad de los elementos comunes, por imperativo legal¹⁸.

El arrastre de cargas producido en los actos de desafectación ha recibido diversas y justificadas críticas doctrinales, que desde luego tienen que ver con lo gravoso de sus efectos y la dificultad que genera para la adquisición del elemento desafectado y su posterior reflejo en el Registro de la Propiedad¹⁹.

En el caso que nos ocupa, creemos sin embargo que el arrastre de cargas se produciría en menor medida que en los otros casos de transmisión del elemento desafectado. Y ello por cuanto la modificación del objeto hipotecado se ha producido como consecuencia de la adquisición de un derecho por parte del poseedor usucapiente, perdiendo precisamente por ello esa naturaleza común, desde el mismo momento que comenzó a poseer *animus domini* (que debe ser como mínimo 10 años en la usucapión ordinaria y 30 en la extraordinaria). Recuérdese que la adquisición por usucapión es un modo originario de adquirir el dominio sobre las cosas que se produce de forma automática (*ipso iure*) y tiene un efecto atributivo retroactivo, una vez que se completan los elementos requeridos para ello, afectando a los propietarios y los titulares de derechos reales de la cosa usucapida. Es decir, que el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiere. La Junta o el resto de los copropietarios se limitan simplemente a reconocer en el acuerdo de desafectación el derecho ganado por aquél y a redistribuir las cuotas de forma equitativa conforme al derecho

requisitos de forma establecidos en el art. 16 LPH, debiendo expresarse claramente en la convocatoria la finalidad pretendida con la desafectación del elemento común para su adquisición formal por el usucapiente. El acuerdo deberá ser adoptado por unanimidad por afectar al título constitutivo o a los estatutos (art. 17.6 LPH) y concretar el elemento desafectado, su superficie, linderos y cuota, así como las cuotas reajustadas los elementos afectados.

¹⁷ Así, RDGRN de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1089).

¹⁸ RDGRN de 13 junio 1998 (RJ 1998, 5231) y 4 de junio de 2003 (R 2003, 4221).

¹⁹ En este sentido, BOTÍA VALVERDE, 2004, pp. 286 y ss.; y DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, 2009, p. 408; entre otros.

adquirido, evitando así un hipotético juicio que podría entablar el propietario usucapiente en el ejercicio de una acción declarativa de dominio, con los consiguientes gastos que se generarían en contra de la comunidad en el supuesto de que perdiera el pleito. Aun así, se produciría arrastre de cargas respecto de aquellas hipotecas que existieran en el momento de empezar la posesión y que todavía no se hayan extinguido tras la adquisición del derecho por usucapión.

Por último, en el caso de no obtener reconocimiento por parte de la Junta de la usucapión ganada de un elemento común, la otra vía que le queda al copropietario usucapiente es la judicial, a través del ejercicio de la acción declarativa de dominio (art. 348 CC) ejercitada contra la comunidad (art. 406.1 LEC). Al afectar la usucapión al derecho de propiedad de cada propietario, será necesario traer al proceso a todos y cada uno de los propietarios de elementos privativos, para que no se pudiera alegar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. En el caso de que la demanda tenga éxito, la sentencia deberá de incorporar todos los datos registrales de la finca, así como hacer una distribución de las cuotas resultantes del derecho reconocido, para que el registrador no tenga duda de la finca objeto del procedimiento con la registral cuyos datos se incorporan²⁰.

Para concluir, creo que muchas de las cuestiones planteadas se resolverían con un reconocimiento jurisprudencial claro en torno a la usucapión ganada sobre los elementos comunes no necesarios del copropietario que cumpla los requisitos exigidos por el Código Civil para la usucapión ordinaria y extraordinaria, aplicando las normas de Derecho Común a la laguna normativa existente en la LPH. Ayudaría también la flexibilización de los requisitos para su inscripción en el Registro de la Propiedad y el reconocimiento de personalidad jurídica a la comunidad de propietarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARANDA DE LA FUENTE, I. (2005). *La usucapión entre comuneros. Doctrina y jurisprudencia*. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

²⁰ Hay que tener en cuenta que “entre los modos de fijar, la modificación del sistema de cuotas de participación, fuera del acuerdo unánime de los copropietarios, se puede, precisamente, cumpliendo los requisitos exigibles al respecto, determinar aquellas, conforme al artículo 5.º de dicha Ley, por ‘resolución judicial’”, como declara la STS de 5 de julio de 2005 (RJ 2005, 5840).

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). (2014). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (5ª ed.). Pamplona, España: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- BOTÍA VALVERDE, A. (2004). Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2003). *Revista Jurídica del Notariado* (nº 49, pp. 279-301).
- DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M. (2009). Desafectación y disposición de elementos comunes en la propiedad horizontal. *Estudios jurídicos en memoria de Luis Rojas Montes* (vol. 1, pp. 365-416). Granada, España: Colegio Notarial de Granada.
- DE TILLA, M. (1992). *Il condominio* (t. 1). Milano, Italia: Giuffrè.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial* (5ª ed., t. 3, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión). Madrid, España: Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (1ª ed., t. 6, Derechos reales). Madrid, España: Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- JANNUZZI, A. e IANNUZZI, G. (1994). *Il condominio negli edifici. Rassegna di Giurisprudenza*. Milano, Italia: Giuffrè.